



VU Research Portal

Case note: Hoge Raad (Ontneming na avas)

Borgers, M.J.

2014

[Link to publication in VU Research Portal](#)

citation for published version (APA)

Borgers, M. J., (2014). *Case note: Hoge Raad (Ontneming na avas)*, No. 52, Nov 26, 2013. (Nederlandse jurisprudentie; Vol. 2014).

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

E-mail address:

vuresearchportal.ub@vu.nl

M.J. Borgers

1. In het voorontwerp van de ontnemingswetgeving uit 1988 van de werkgroep-Schutte was voorzien in de mogelijkheid van het opleggen van een ontnemingsmaatregel bij vrijspraak of ontslag van alle rechtsvervolging, mits kon worden vastgesteld dat de betrokkene het strafbare feit had begaan. Die mogelijkheid is in het definitieve wetsvoorstel uit 1989 niet overgenomen. Met betrekking tot ontneming na vrijspraak voorzag de minister 'schier onoverkomelijke problemen'. Voor de mogelijkheid van ontneming na ontslag van alle rechtsvervolging ontbrak de 'praktische noodzaak' (*Kamerstukken II* 1989/90, 21 504, nr. 3, p. 9). Ogenschijnlijk is daarmee de mogelijkheid van ontneming na niet-veroordeling volledig van de hand gewezen. Datzelfde zou men wellicht ook geneigd zijn af te leiden uit artikel 36e lid 1 Sr, waarin wordt bepaald dat een ontnemingsmaatregel (alleen) kan worden opgelegd 'aan degene die is *veroordeeld* wegens een strafbaar feit'.

Echter, artikel 36e lid 1 Sr geeft alleen aan dat voor het opleggen van een ontnemingsmaatregel een veroordeling is vereist. Daarmee is nog niet gezegd welke strafbare feiten in de ontnemingsmaatregel kunnen worden betrokken. Op grond van artikel 36e lid 2 Sr mag de ontnemingsmaatregel ook het voordeel omvatten dat is verkregen uit 'andere strafbare feiten, waaromtrent voldoende aanwijzingen bestaan dat zij door de veroordeelde zijn begaan'. Voor de toepassing van artikel 36e lid 3 Sr is vereist dat sprake is van een veroordeling wegens een misdrijf dat naar de wettelijke omschrijving wordt bedreigd met een geldboete van de vijfde categorie. Wanneer dat het geval is, kunnen in de ontnemingsmaatregel ook 'andere strafbare feiten' worden betrokken 'die op enigerlei wijze ertoe hebben geleid dat de veroordeelde wederrechtelijk voordeel heeft verkregen'.

Indien bijvoorbeeld vervolging plaatsvindt voor feiten A en B, waarbij wel een veroordeling voor feit A plaatsvindt maar niet voor feit B, staat de tekst van de wet er dus niet aan in de weg dat de officier van justitie ook feit B – als ander strafbaar feit – in de ontnemingsvordering betreft. Dat sluit evenwel niet uit dat zich wel anderszins een beletsel zou kunnen voordoen om (mede) voor dat feit een ontnemingsmaatregel op te leggen. Voor zover het gaat om een feit waarvoor vrijspraak is verleend, is sinds de Geerings-uitspraak van het EHRM duidelijk dat artikel 6 lid 2 EVRM een dergelijke barrière opwerpt (EHRM 1 maart 2007, NJ 2007/349 m.nt. M.J. Borgers). In het hierboven afgedrukte arrest komt de vraag aan de orde of een ontslag van alle rechtsvervolging vanwege afwezigheid van alle schuld in de weg zou kunnen staan aan ontneming.

2. Ontslag van alle rechtsvervolging kan om verschillende redenen plaatsvinden. Zo kan er sprake zijn van een rechtvaardigingsgrond. In dat geval kan bezwaarlijk worden gesproken van *wederrechtelijk* verkregen voordeel. Aangenomen mag worden dat, wanneer een rechtvaardigingsgrond toepassing vindt, er geen sprake is van een strafbaar feit in de zin van artikel 36e leden 2 en 3 Sr. Dit ligt anders wanneer zich een schulditsluitingsgrond voordoet. In dat geval is de dader weliswaar niet strafbaar, maar kan niettemin worden gesproken van een strafbaar feit. Het is dan op zich niet problematisch om van wederrechtelijk verkregen voordeel te spreken. Of dat de wetgever ook voor ogen heeft gestaan, laat zich niet eenvoudig aangeven. Maar uit de wetsgeschiedenis lijkt te mogen worden afgeleid dat de minister geen principiële bezwaren koesterde tegen ontneming in gevallen waarin de

verwijtbaarheid ontbreekt, terwijl dergelijke bezwaren ook tijdens het parlementaire debat niet naar voren zijn getreden. Dat laat zich goed verklaren. De verrijking die in dergelijke gevallen is ontstaan, is immers nog altijd ongerechtvaardigd. De gedachte van rechtsherstel verzet zich niet tegen het ontnemen van het aldus verkregen voordeel. De minister lijkt daarom vooral op praktische gronden ervoor te hebben gekozen om in artikel 36e leden 1 en 3 Sr een veroordeling als voorwaarde voor de oplegging van een ontnemingsmaatregel te stellen. Iets anders gezegd: die veroordeling is aanleiding voor – en verleent de toegang tot – de ontnemingsprocedure, maar zegt nog weinig over de grondslag van de ontnemingsmaatregel. Zie hieromtrent, met nadere literatuurverwijzingen, *De ontnemingsmaatregel*, Den Haag: BJu 2001, p. 99-101, 134-136, 167.

3. In de hierboven afgedrukte zaak is de betrokkene ten aanzien van één van de feiten die in de strafzaak ten laste waren gelegd, ontslagen van alle rechtsvervolging vanwege afwezigheid van schuld. Dat feit wordt vervolgens wel in de ontnemingsmaatregel betrokken. Het daartoe strekkende oordeel van het gerechtshof geeft, zo overweegt de Hoge Raad, geen blijk van een onjuiste opvatting omtrent het begrip ‘wederrechtelijk verkregen’ als bedoeld in artikel 36e Sr. Daarmee sluit de Hoge Raad zich – blijkbaar – aan bij het zojuist besproken standpunt dat de minister bij de totstandkoming van de ontnemingswetgeving – kennelijk – heeft ingenomen. Naar het mij voorkomt, mag men het oordeel van de Hoge Raad zo verstaan dat ook een andere schulduitsluitingsgrond dan afwezigheid van alle schuld geen beletsel opwerpt om een strafbaar feit te betrekken in een ontnemingsmaatregel.

4. Het gegeven dat voor een bepaald feit niettegenstaande het ontbreken van de verwijtbaarheid een ontnemingsmaatregel kan worden opgelegd, betekent niet dat zulks ook zonder meer dient te geschieden. De omstandigheden die maken dat sprake is van afwezigheid van alle schuld, kunnen met zich brengen dat het (onverkort) opleggen van een ontnemingsmaatregel ter zake van het desbetreffende feit geen passende strafrechtelijke reactie is. Anders gezegd: juist het feit dat er sprake is van afwezigheid van alle schuld kan aanleiding geven tot coulance, hetgeen zich dan vertaalt in matiging van de betalingsverplichting op grond van artikel 36e lid 5 Sr. Hierbij is van belang dat het in zekere zin toeval is of een feit waarvoor de betrokkene geen verwijt kan worden gemaakt, in een ontnemingsmaatregel kan worden betrokken. Die mogelijkheid bestaat immers alleen als de betrokkene wel voor enig strafbaar feit (kan worden en ook) wordt veroordeeld. Wordt de betrokkene uitsluitend vervolgd wegens het strafbare feit ten aanzien waarvan hij wordt ontslagen van alle rechtsvervolging, dan is de oplegging van een ontnemingsmaatregel praktisch niet mogelijk. Voorts is hier van belang dat het mede van de delictsomschrijving afhankelijk kan zijn – komen daarin al dan niet subjectieve bestanddelen voor? – of het ontbreken van de verwijtbaarheid tot vrijspraak dan wel ontslag van alle rechtsvervolging leidt. In het eerste geval is ontneming ten aanzien van dat feit op grond van de Geerings-uitspraak niet mogelijk, terwijl die blokkade in het tweede geval niet bestaat.

Meer specifiek in relatie tot de onderhavige zaak kan erop worden gewezen dat de betrokkene in de strafzaak is ontslagen van alle rechtsvervolging omdat ‘er zich omstandigheden hebben voorgedaan waaraan de verdachte de gerechtvaardigde verwachting heeft kunnen ontleenen dat de bevoegde autoriteiten instemden met zijn handelen’ (te weten: het feitelijk leiding geven aan het laten verrichten van arbeid door vreemdelingen die niet over een geldige verblijfstitel beschikten). Vanuit die gerechtvaardigde verwachting zal de betrokkene er vermoedelijk niet op hebben gerekend dat hij de revenuen van dat handelen nadien zou moeten inleveren. Een ‘hard’ beletsel voor ontneming levert dat, strikt genomen, niet op. Begrijp ik het goed, dan was (de schijn van) instem-

ming hier afkomstig van de autoriteiten die verantwoordelijk waren voor het toezicht op de naleving van de Wet arbeid vreemdelingen en was er niet (tevens) het gerechtvaardigde vertrouwen ontstaan dat het openbaar ministerie geen stappen zou ondernemen. In dat laatste geval zou de vervolging voor dit feit immers zijn geëindigd in niet-ontvankelijkheid en zou ook ontneming niet mogelijk zijn geweest (vgl. rov. 3.4.1 in HR 4 maart 2003, *NJ* 2003/508). Dat sluit matiging in een geval als het onderhavige evenwel niet uit. Zo zou bijvoorbeeld – in sterkere mate dan gebruikelijk het geval is en naar analogie van de civielrechtelijke regeling van de ongerechtvaardigde verrijking (artikel 6:212 lid 3 BW) – gewicht kunnen worden gehecht aan de omstandigheid dat de gelden die met het niet-verwijtbare handelen zijn verdiend, alweer zijn geconsumeerd (en niet tot een blijvende verrijking hebben geleid). Het ligt overigens wel voor de hand dat de betrokkene een matigingsverweer voert waarin concreet de omstandigheden worden benoemd op grond waarvan een onverkorte oplegging van een ontnemingsmaatregel onbillijk zou uitpakken.

5. Ontslag van alle rechtsvervolging kan niet alleen plaatsvinden vanwege een rechtvaardigings- of schulditsluitingsgrond, maar ook op grond van een zogeheten kwalificatieuitsluitingsgrond. Hoe moet in die situatie worden gedacht over de mogelijkheid van voordeelsontneming? Een kwalificatieuitsluitingsgrond strekt ertoe dat een bepaalde gedraging, die naar de letter van de wet een specifiek strafbaar feit oplevert, vanwege bijzondere omstandigheden toch niet wordt aangemerkt – gekwalificeerd – als dat strafbare feit. In zoverre kan dan niet worden gesproken van *wederrechtelijk* verkregen voordeel. Bedacht dient evenwel te worden dat de toepasselijkheid van een kwalificatieuitsluitingsgrond er niet aan in de weg hoeft te staan dat de desbetreffende gedraging van de betrokkene nog wel anderszins als strafbaar feit kan worden aangemerkt en langs die band wel tot de oplegging van een ontnemingsmaatregel kan leiden. De kwalificatieuitsluitingsgrond fungeert vaak als mechanisme om te voorkomen dat een bepaalde gedraging als meerdere strafbare feiten heeft te gelden. Daarmee heeft zo'n grond vooral een sturende werking om bij de meest wenselijke kwalificatie uit te komen: diefstal en niet (tevens) heling (HR 7 februari 1978, *NJ* 1978/661 en HR 31 maart 1987, *NJ* 1987/796 m.nt. ThWvV), het gronddelict en niet (tevens) witwassen (o.a. HR 8 januari 2013, *NJ* 2013/266 m.nt. M.J. Borgers), aanranding in plaats van verkrachting (o.a. HR 26 november 2013, *ECLI:NL:HR:2013:1431*). Dat zich een kwalificatieuitsluitingsgrond voordoet, zal daarom veelal de mogelijkheid van voordeelsontneming niet wezenlijk belemmeren.